Al Chiar.mo Prof. Anselmi
modesto Omaggio

GIOVANNI PODDIGUE

FOGLI DI STUDIO

PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA
Legato Anselmi
OA. - b -
688

GIOVANNI PODDIGUE

FOGLI DI STUDIO

L'inabilitato che esercitò di fatto il commercio e fu dichiarato fallito può essere inquisito per il titolo di bancarotta?

Aprile 1885

TORINO
TIPOGRAFIA ROUX E FAVALE
1885.

PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA

PARTE PRIMA.

Il reato di bancarotta — Sua nozione giuridica e suoi elementi costitutivi.

§ 1. — Elemento primo ed indispensabile perchè si abbia la figura giuridica del reato di bancarotta, sia ella semplice o fraudolenta, si è che l'imputato sia commerciante.

Questa è al certo una proposizione indiscutibile perchè assodata dalla costante giurisprudenza, e chiaramente accennata dalla legislazione positiva del nostro Paese.

In tema di dritto costituendo può ancora discutersi se convenga elevare al grado di reato anche l'insolvenza dei privati, quando essa abbia scosso il pubblico credito ed offeso molti e gravi interessi; anzi questa è l'opinione di parecchi giuristi, nazionali ed esteri, nè mancano esempi di legislazioni in cui il reato di bancarotta trovasi esteso a tutti i cittadini, come in Inghilterra, Austria, Germania, Svezia e Danimarca (1).

---

(1) In tale senso si pronunziò l'on. Varè alla Camera, nella tornata del 21 gennaio 1882, discutendosi il nuovo Codice di Commercio (*Atti uff.*, pag. 8399 e seg.), e si manifestò invece contrario a cosiffatta tesi il relatore onorevole Pasquali.

Ma in tema di dritto positivo ogni dubbio scompare innanzi al chiaro disposto degli articoli 856 e seguenti del Codice di Commercio, i quali indicano enunciativamente che sono colpevoli di bancarotta i *commercianti* che hanno cessato di fare i loro pagamenti quando si trovino nelle condizioni dal medesimo Codice designate.

E questo sistema è conforme allo spirito dei Codici vigenti presso quasi tutte le nazioni latine. Esso infatti vige anche in Francia, Spagna, Portogallo, Belgio, ed anche nell'Olanda (1) ove la bancarotta fu sempre considerata delitto essenzialmente commerciale. La genesi istessa del motto *bancarotta* stabilisce che questo è un reato, del quale come agenti principali possono rendersi colpevoli i soli commercianti, imperocchè esso proviene dalla consuetudine medioevale di spezzare ossia rompere il banco del fallito, per mettere costui alla pubblica gogna.

D'altronde i fatti che danno luogo a questo reato non possono per la loro stessa natura ad altri essere imputati che ai commercianti; perchè, se ben si considera, gran parte di essi non rappresentano che infrazioni a doveri speciali che la legge non ha imposto se non a quelli che fanno la professione del commerciante, sia per la fede personale di cui essi abbisognano nelle regolari loro operazioni, sia per garantire il buon successo delle operazioni medesime. Veggansi alcune prove: La prudenza e la saviezza consigliano al commerciante di tenere una misura ben attenta nelle spese per la sua persona e per la propria famiglia, in raffronto alle sue condizioni economiche; di non dedicarsi ad operazioni di pura sorte e fittizie di borsa o manifestamente imprudenti; di non rivendere gli oggetti comprati al disotto

---

(1) V. Casorati, *Il Reato di Bancarotta ed il nuovo Codice di commercio*, § 2.

del valore corrente, o fare prestiti, o girate di effetti, o ricorrere ad altri mezzi rovinosi per procurarsi dei fondi; di non assumere per conto altrui obbligazioni eccessive sul proprio stato, senza ricevere il valore in cambio. E pur nelle leggi generali del commercio è prescrizione espressa e positiva pel negoziante che contrae matrimonio la pubblicazione del suo contratto nuziale, e per qualunque negoziante è prescrizione ugualmente doverosa la tenuta regolare dei libri di commercio quali stromenti necessari d'ordine e di vigilanza nell'andamento dell'esercizio, e l'inventario annuale, regolarmente compilato per conoscere lo stato dell'attivo e passivo del negozio. Quindi, ove mai accada che il commerciante venga meno a questi doveri o contravvenga a siffatte prescrizioni positive di legge, la disciplina del commercio esige ch'egli venga sottoposto alle leggi severe della bancarotta. — A questa sola condizione vive e prospera il commercio: qui sta la chiave di vôlta di tutto l'edifizio legislativo che riguarda l'esercizio dell'arte del commerciare.

Vi hanno, è vero, dei fatti costitutivi della bancarotta fraudolenta, i quali rivestono un carattere criminoso da sè medesimi e indipendentemente dalla qualità commerciale dei giudicabili. Tali ad esempio la falsificazione e la sottrazione dei documenti di credito o di debito, e l'occultamento o dissimulazione dell'attivo o del passivo, usato come raggiro fraudolento per ingannare l'altrui buona fede.

Ma avvertasi che se questi fatti aprono bensì l'adito al reato di falso o di truffa a termini del Codice penale, essi non possono rivestire il carattere più grave della bancarotta fraudolenta se non quando l'imputato appartiene alla categoria dei commercianti. Allora soltanto emerge questo titolo di reato; la colpa allora s'aggrava

perchè a causa della qualità che riveste l'imputato il credito viene scosso non solo in quella forma generale, astratta, che è il fondamento d'ogni rapporto giuridico e sociale, ma eziandio in quella forma particolare, concreta che dà anima e vita al commercio. Negli scambievoli rapporti commerciali questa fiducia personale è quasi una necessità, ovvio essendo che la rapidità del movimento commerciale e spesso la natura stessa degli atti non permettano l'assicurazione del credito con guarentigie reali. I capitali forniti dai creditori essi medesimi provengono per lo più da imprese uguali od analoghe per provvigioni e dispense a servizio del pubblico in cui eglino pure sono esercenti. Per cui è a ritenersi che il fallito, nel commettere una di quelle sottrazioni o falsificazioni che danno vita alla bancarotta fraudolenta, produce un danno di gran lunga più grave di quello che cogli stessi fatti avrebbe prodotto un semplice cittadino. Egli porta a differenza di questo una perturbazione, talvolta disastrosa, sempre grave, agli interessi del pubblico servizio in cui l'attivo delle obbligazioni mancate si trova impegnato, e lo porta eziandio alla pubblica economia scuotendo il credito di quanti a lui si affidarono ed arenando molteplici transizioni commerciali.

§ 2. — Ferma questa prima regola, si presenta la necessità di stabilire chi è che possa dirsi in stato di commerciante.

L'art. 8 del Codice di Commercio contiene questa definizione: " Sono commercianti coloro che esercitano atti di commercio per professione abituale „.

La definizione riportata ne sembra oggi così semplice e facile che ciascuno si sarebbe creduto capace di averla inventata, se egli avesse concorso alla redazione del Codice. Eppure quante discussioni e quante lotte prima di arrivare a questa semplicità! Semplificare infatti non è

cosa facile. Presso i Romani, popolo eminentemente giuridico, ci vollero ben dieci secoli prima che si potessero formulare i sommi principii che si leggono nel Digesto, al libro ultimo, sotto il titolo *De diversis regulis juris*. Perciò non sarà irriverenza riprendere in esame anche oggidì la definizione del commerciante e analizzarla nei suoi elementi per precisarne il vero concetto: essa è di capitale importanza nella legge del commercio, e tale che riflette in sè tutto un sistema.

Occorre frattanto avvertire in via preliminare che gli atti di cui si fa menzione si debbono intendere compiuti in nome proprio, perchè chi li compisse in nome altrui, sebbene per professione abituale, non per questo sarebbe commerciante, come avviene ad esempio degli institori e dei rappresentanti di negozio.

A parte questo concetto che è sottinteso nella lettera della legge, da essa emerge in modo chiaro che due sono gli elementi caratteristici per riconoscere in una persona la qualità di commerciante: 1° che essa faccia atti di commercio; 2° che l'esercizio di tali atti ne formi la sua professione abituale.

A questo punto alcuni autori sogliono passare oltre dichiarando che queste sono le *circostanze di fatto* necessarie a conseguire la qualità di commerciante. Ma il ritener ciò sarebbe evidente errore. Il primo dei due requisiti involge una pura questione di diritto; perchè, la legge medesima definiendo quali siano gli atti di commercio, è dalla maggiore o minore estensione che essa dà ai medesimi che dipende la maggiore o minore possibilità di assumere lo stato e la qualità di commerciante. Basterebbe in proposito osservare che la qualità di commerciante nella attuale legislazione si è estesa agli speculatori sulla rivendita dei beni immobili, appunto in ragione del nuovo sistema inaugurato dal le-

gislatore che riconosce tra gli atti di commercio anche le compre e le rivendite dei beni immobili quando siano fatte a scopo di speculazione commerciale. — La classificazione adunque delle cose in *res mercatoriae* e in *res non mercatoriae* non ha solamente per risultato di sottomettere gli atti di commercio a una legge e ad una giurisdizione speciale. Essa comprende virtualmente anche la distinzione fra commercianti e non commercianti.

Questione di fatto è l'altra delle condizioni richieste, che si riferisce alla professione abituale degli atti di commercio; ed è questione di fatto perchè la legge non definisce la professione abituale, come ha definito gli atti di commercio.

Questo importava rilevare, per stabilire che la qualità di commerciante non involge una pura questione di fatto, come da molti si crede, ma anche una questione giuridica; e tale essendo la sua natura, non può assumersi senza il concorso di tutte le condizioni giuridiche imposte dalla legge alla sua esistenza.

Quali sono queste condizioni? — È ciò che ora vedremo.

§ 3. — La definizione del commerciante implica un grande principio digià proclamato dall' Assemblea Costituente Francese quando essa abolì i monopolii, i privilegi, le maestranze e tutte le Corporazioni, e decretò invece la libertà del commercio, dell'industria, del lavoro, e della professione.

Gli è dunque di dritto pubblico che ogni cosa può divenire materia ed oggetto di contratto e che in generale i contratti, l'industria ed il commercio sono permessi e liberi a tutte le persone indistintamente.

Ma l'esercizio di queste libertà è sottomesso, e l'ha dovuto essere, a delle restrizioni nell'interesse della moralità e dell'ordine pubblico. Il perchè avviene di fatto che, contrariamente alla regola generale, non ogni cosa

possa diventare oggetto di un atto di commercio — e non a tutte le persone sia permesso di fare atti di commercio e diventare commercianti.

Quanto alle cose o all'*oggetto* del commercio v'hanno proibizioni generali, *assolute* o *relative* secondochè sono fondate sulla natura stessa delle cose o degli atti vietati, come ad esempio la tratta dei negri — o concernono industrie che non possono essere esercitate senza il permesso del governo.

Per quanto poi s'attiene alle persone o al *subietto* del commercio è pure certissimo che non tutti sono capaci di esercitare il commercio, ma solo quelli che possono liberamente obbligarsi e disporre delle loro sostanze. Tale è il principio giuridico su cui si fonda la capacità ossia attitudine generale all'esercizio del commercio.

Il commercio infatti, consta di uno scambio continuo di obbligazioni e di atti, che per essere commerciali avranno acquistato maggiore elasticità e rapidità di movimento, ma non hanno mai cessato di appartenere al genere delle obbligazioni; quindi oltre alle nuove condizioni imposte dalla legge speciale sottostar devono a quella che è la regola generale per tutte: la capacità di consenso nei contraenti.

Ne deriva da ciò che gl'incapaci non possono validamente compiere atti di commercio; e tanto meno essi potranno acquistare la qualità di commercianti, alla quale non un solo atto, ma un esercizio continuo richiedesi e professionale di atti commerciali.

§ 4. — Sono incapaci a tenore del diritto comune gli *interdetti*, gli *inabilitati*, i *minori*, e le *donne maritate*. Essi quindi non potranno per regola generale assumere l'esercizio del commercio e conseguentemente la veste di commercianti.

Ma questa regola subisce una prima eccezione pei

minori emancipati, i quali " sono riputati maggiori quanto alle obbligazioni da essi contratte per atti di commercio, e possono esercitare il commercio (cioè diventare commercianti), quando vi siano autorizzati dal genitore con atto davanti al Pretore, o dal Consiglio di famiglia o di tutela con deliberazione omologata dal Tribunale Civile „ (art. 9 Cod. Comm.).

Un'altra eccezione è stabilita a favore della donna maritata, la quale non può diventare commerciante, se non quando ne abbia ottenuto il consenso espresso o tacito del marito, o quello del Tribunale se il marito ricusi l'autorizzazione, o vi sia opposizione di interessi, ovvero se la moglie sia legalmente separata per sua colpa, o per colpa sua e del marito, o per mutuo consenso (art. 13 stesso Codice).

Le due eccezioni ora dette permettono di stabilire la massima che di fronte ai minori ed alle donne maritate il legislatore non abbia voluto dettare un'incapacità *assoluta* a compiere atti di commercio ed a diventare commercianti, ma soltanto *relativa* a certe formalità.

L'opposto avviene per le altre categorie delle persone incapaci quali gl'interdetti e gl'inabilitati, per i quali è certo che il legislatore stabilì un'incapacità reale assoluta senza distinzione tra gli uni e gli altri ad esercitare la mercatura. Argomento validissimo a sostegno di tale affermazione si ha in questo stesso fatto del legislatore il quale, ove volle acconsentire deroghe in favore di incapaci dettò apposite norme per scemare o togliere gli inconvenienti nascenti dalla incapacità cui volle favorire.

D'altronde le cause stesse che inducono le altre incapacità dinotano che legittimamente a questi incapaci deve essere interdetto l'esercizio del commercio.

§ 5. — Senonchè nella diversità delle cause per le

quali si fa luogo allo stato di interdizione ed a quello d'inabilitazione vuolsi da taluno ravvisare una differenza tra la incapacità dell'interdetto e quella dell'inabilitato.

Le cause che possono produrre l'interdizione si compendiano nella formula dell'abituale infermità di mente che rende taluno *assolutamente incapace* di provvedere ai propri interessi. L' inabilitato invece si trova bensì in condizioni d'animo anormali, ma non così gravi da renderlo *affatto incapace* al buon governo delle cose sue; e tutt'al più consigliano il legislatore a procurargli un'*assistenza* negli atti più importanti della vita civile. Poniamo: un vecchio che avendo perduta affatto la memoria conservi discretamente sano l'intelletto (caso citato dal Paoli — V. *Giornale delle Leggi*, anno 1881, pag. 257), un epilettico le cui facoltà mentali fossero indebolite per i frequenti assalti del morbo cerebrale che lo affligge, un prodigo che dissipi i suoi averi con spese irrazionali e rovinose (1): ecco altrettanti esempi di inabilitazioni. — Ora si comprende facilmente che si precluda assolutamente l'esercizio del commercio agli interdetti, che non hanno personalità civile; ma non ugualmente tutti lo comprendono per gl'inabilitati, il cui stato giuridico è qualche cosa che tramezza la libertà civile e l'incapacità assoluta. Essi non hanno bisogno di un tutore che li *rappresenti*, ma richiedono solamente l' opera di un curatore che li *consigli* e *li diriga* negli atti eccedenti la semplice amministrazione.

Diversità esiste, lo si ripete, ma essa porta a questo soltanto, che l'inabilitato a differenza dell'interdetto può compiere validamente uno o più atti di commercio

---

(1) A meno che non si tratti di una vera e propria monomania, chè allora sarebbe il caso di interdizione come ebbe a deliberare la Cassazione di Torino nel 13 luglio 1879.

purchè volta per volta ne sia autorizzato dal suo curatore (argomento dall'art. 339 del Cod. Civ.)

Ma da ciò a concludere che possa un inabilitato *esercitare il commercio* ed acquistare *la qualità di commerciante* ci corre gran tratto.

Infatti, ad avere le conseguenze generali e gravi dello stato di commerciante, sia per imporre alla persona le obbligazioni d'ordine proprie a quello stato, sia per trarla sotto i rigori della legge di commercio o ammetterla a goderne i favori, non basta la capacità di addivenire ad atti isolati di commercio, ma è necessaria una completa libertà d'azione, una completa volontà di determinazione per ripetere continuamente quegli atti, nel cui esercizio abituale appunto, e non in un solo o più isolati, sta riposta la professione del commerciante.

È della massima importanza distinguere nettamente la *qualità di commerciante* dalla *capacità di far atti* di commercio. La prima suppone necessariamente la capacità di commerciare, poichè *in eo quod plus est et minus continetur*, ma non viceversa. Ed il legislatore offre un esempio di questa differenza là dove dispone che " lo Stato, le Provincie ed i Comuni non possono acquistare la *qualità di commerciante*, ma *possono fare atti di commercio* " (articolo 7 del Cod. di Comm.) — Ed un altro esempio ne offre all'art. 54 ove prescrive che " se un atto è commerciale per una sola delle Parti, tutti i contraenti sono per ragione di esso soggetti alla legge commerciale, *fuorchè alle disposizioni che riguardano le persone dei commercianti* ".

Ora, di fronte a questa più ampia capacità, la posizione giuridica dell'interdetto e dell'inabilitato si equivalgono. L'inabilitato si trova precisamente nella identica condizione di quei Corpi morali (sebbene per altri motivi); può cioè fare atti di commercio validi coll'autorizza-

zione del suo curatore, ma non può diventare commerciante, mancandogli per le condizioni normali in cui si trova quella piena e completa volontà di determinazione che è necessaria a creare il commerciante, tanto più necessaria in questa materia che conduce facilmente ad una responsabilità penale e non solo economica.

Ne conforta in questa soluzione il pensiero del legislatore, il quale vuole — e su ciò è giurisprudenza costante — che l'assistenza del curatore sia *speciale* e *simultanea*. SPECIALE: cioè data volta per volta e per ogni atto pel quale la legge la richiede (1). SIMULTANEA: cioè intervenuta in presenza di ambidue — del curatore che convalida l'atto — e dell'inabilitato, a nome del quale l'atto si fa. Per cui priva di ogni efficacia giuridica sarebbe un'autorizzazione generale che il curatore concedesse all'inabilitato, la quale sarebbe oltre la legge che la ammette solo pei minori emancipati e per le donne maritate, e contro la legge stessa, perchè troverebbesi in opposizione a quelle regole di economia e di savia amministrazione, la cui osservanza è affidata al senno del curatore, oltrecchè renderebbe vani gli sforzi della legge, favorendo quei pericoli che essa ha avuto in mira di prevenire.

Come adunque parlare ancora della capacità dell'inabilitato a rivestire la qualità di commerciante, finchè perduri la causa dell'inabilitazione?

§ 6. — Il non aver saputo distinguere al riguardo dell'inabilitato la capacità che esso ha di fare atti di commercio da quella che non ha di diventare commerciante in-

---

(1) V. Decisione Corte appello Firenze, 26 aprile 1879. Confronta RICCI, *Diritto civile*, vol. 1°, § 504. — V. Decisione del Supremo Magistrato di Torino in causa Binu contro eredi Castellani e Baglietto.

sieme alla consuetudine invalsa di considerare come una pura questione di fatto la qualità medesima di commerciante fu causa di errori nella dottrina e nella giurisprudenza. Si disse che non è la legge che fa il commerciante, ma l'esercizio di fatto; e quindi si potè ritenere soggetto anche l'inabilitato alle leggi del fallimento e della bancarotta. Si addusse a conforto di questa tesi il fatto che l'esercizio della mercatura è inibito ai funzionari dell'ordine giudiziario e a quelli dell'ordine amministrativo (1), i quali però ove frangano il divieto ed esercitino in realtà il commercio, sono passibili non solo delle pene disciplinari comminate dalle leggi e regolamenti da cui direttamente dipendono, ma ben anche delle più severe disposizioni del fallimento e della bancarotta.

Infatti sta che malgrado la più ampia libertà di professione sancita dal diritto pubblico moderno v'hanno tuttavia delle considerazioni, desunte dal carattere e dagli uffici di certe persone ed anche dai pericoli nei quali sarebbe posta la fede pubblica, per le quali le leggi hanno interdetto ai pubblici funzionari suindicati l'esercizio della mercatura. Ma queste le sono interdizioni speciali, diverse per le cause che le determinarono dall'incapacità di cui si tratta a riguardo dell'inabilitato. Esse furono introdotte non già *nell'interesse* di coloro che ne vengono colpiti come appunto è il caso dell'inabilitato,

---

(1) In Italia l'esercizio della mercatura è inibito: ai militari e ai pubblici funzionari (Cod. pen., art. 244. — Decreto Reale 6 dic. 1863, art. 14. — Regol. 30 dic. 1866, art. 22. — Regol. 18 dic. 1869, art. 45); agli ambasciatori e plenipotenziari, incaricati d'affari, consoli generali, consoli e vice-consoli di prima categoria (Legge consolare 28 gennaio 1866, art. 4); ai procuratori (art 43, Legge 8 giugno 1874); ai notai (Legge 23 luglio 1875, art. 2). Agli avvocati è proibito di essere pubblici mediatori (Legge 8 giugno 1874, art. 13).

bensì *contro* di loro per l'incompatibilità della professione che esercitano, e *nell'interesse* dell'ordine pubblico. Diversa quindi, anzi opposta deve essere la misura delle conseguenze giuridiche riflettenti queste due specie di incapacità. Perciò la giurisprudenza ha sempre ritenuto fermamente che le obbligazioni contratte dalle persone cui è semplicemente interdetto l'esercizio del commercio sono pienamente valide.

Sarebbe infatti assurdo che il divieto d'ordine a loro personale, che non è un'incapacità propriamente tale, avesse a nuocere all'altra parte che con loro contrattò in buona fede, e che esse potessero allegare una pretesa causa di nullità procurata da loro stesse. E similmente la giurisprudenza ha ritenuto senza esitare che le dette persone, in caso di cessazione dei pagamenti e di insolvenza, sarebbero soggette alle leggi severe del fallimento del commerciante e della bancarotta. Infatti la validità intrinseca degli atti di commercio deve condurre alle conseguenze tutte della legge commerciale. Quando quello scandalo e quel danno avvengono, poco importa che la professione del commerciante sia stata dissimulata sotto la forma d'una professione incompatibile con essa; e sarebbe perniciosissimo che la veste del pubblico ufficio fosse copertina valevole a sottrarre il fallito alle conseguenze della sua colpa. Guai! se a punire questi pubblici ufficiali colpevoli bastassero semplici pene disciplinari e non le più gravi conseguenze delle leggi commerciali da essi infrante oltre la infrazione da essi già fatta delle leggi o regolamenti riguardanti il loro pubblico uffizio o il governativo impiego che coprono.

Ma quanto all'inabilitato i termini cambiano. La nullità delle obbligazioni da lui contratte fu introdotta a suo esclusivo vantaggio e non a vantaggio dei terzi, i quali *imputent sibi* se entrarono in rapporti con chi non

era punto capace. *Vigilantibus et non dormientibus iura succurrunt.* Essi avevano un mezzo semplicissimo per accertarsi dello stato civile di colui col quale si mettevano in relazione; ed era quello di esaminare i registri della Pretura ove per espressa disposizione di legge deve esser tenuto un registro delle tutele dei minori e degli interdetti ed un altro delle cure degli emancipati od inabilitati (art. 343 e seguenti, Cod. Civ.).

Non lo fecero: ne sopportino ora le conseguenze. A danno dell'inabilitato non può ritorcersi il sistema che la legge ha disposto a di lui favore.

È la linea di soluzione questa che è tracciata dall'art. 54 suaccennato.

Sarà l'inabilitato sottoposto alla giurisdizione commerciale per gli atti di commercio da lui validamente compiuti coll'assistenza del curatore. Ma rimarrà illeso *dalle disposizioni che riguardano le persone dei commercianti, quale* personalità egli giuridicamente non può sostenere. Nè v'ha in contrario disposizione alcuna di legge, mentrechè nel capo II, titolo VIII, libro 3°, ove si riscontrano le indicazioni delle persone che possono, senza complicità, essere trascinate in processo di bancarotta, non trovansi elencati gli inabilitati che abbiano regolarmente fatto alcuni atti di commercio.

§ 7. — Altro elemento necessario a far sussistere il reato di bancarotta è che l'accusato trovisi in istato di fallimento. — Evidentemente se questo stato di disordine economico non esiste, se il commerciante trovasi in piena regola nell'adempimento delle sue obbligazioni, non è possibile parlare di reato di bancarotta. La legge, pur imponendo al commerciante dei doveri speciali, non gli chiede però garanzie anticipate per l'osservanza di quei doveri tranne che il rispetto di alcune speciali forme e speciali procedure. Ma al giorno del *redde ra-*

tionem essa si ridesta e gli rammenta questi doveri, traendolo innanzi alla giustizia penale. È infatti allora che sorge l'allarme nel commercio e l'opinione della minorata sicurezza del credito commerciale.

In conseguenza, tanto nella persona non commerciante che abbia mancato ai suoi pagamenti, come nella persona del commerciante che non ha mancato ai pagamenti non può aversi reato di bancarotta.

§ 8. — Da questi elementi emerge chiara la nozione scientifica del reato di bancarotta.

La bancarotta è una specie di truffa a mezzo del fallimento, e riscontrasi nello stato del commerciante fallito al quale si possono imputare o degli atti d'imprudenza e di negligenza, oppure degli atti di frode. Di qui le due specie di bancarotta: semplice e fraudolenta; quella fondata sulla colpa, questa sul dolo del commerciante, colpa e frode caratterizzate dal Codice di Commercio.

Ma non è degli estremi dei due reati che ora ci vogliamo preoccupare: quello che importa stabilire qui si è l'indole del reato in rapporto ai suoi elementi costitutivi.

Il commerciante fallito che per sordida speculazione simula la sua caduta per farsene strumento di ricchezza a danno dei legittimi suoi creditori, tiene al ladro, al barattiere, al truffatore; ma il diritto immediatamente violato da lui, non è tanto la proprietà dei privati quanto il credito e la fiducia pubblica su cui si fonda il commercio.

Perciò i legislatori sogliono collocare la bancarotta tra i reati *formali,* quasi per indicare che con essa si offende una *forma,* una verità ideologica, che si concreta in speciali istituti sociali, piuttostochè il dritto individuale dei privati che insieme ne rimane leso. Laonde ove il danno particolare sussista, ma manchi la forma

violata, il fatto che cagionò quel danno costituirà un altro titolo di reato che parteciperà della natura di quelli che la scienza penale ha chiamati col nome di *danno immediato particolare*, ma non conterrà più gli estremi del reato *formale* della bancarotta.

Per offendere questa forma è necessario che l'imputato abbia la qualità di commerciante, la quale essendo di indole giuridica non può ritrovarsi in quelli che pur usurpandola in fatto non ne hanno giuridicamente la capacità, salvo i casi determinati dalla legge.

Quindi, se l'imputato di bancarotta, proponendo a sua difesa l'eccezione di non commerciante che toglie l'accusa dalla sua radice, riuscirà nella prova, potrà secondo le circostanze del caso sorgere a di lui carico un altro titolo di reato che potrà essere quello del falso, della truffa o della frode, ecc., ma non sarà mai quella della bancarotta, la *forma* del qual delitto venne colpita a morte da quell'eccezione.

PARTE II.

Il reato di bancarotta nel giudizio penale.

§ 9. — Fin qui la teoria della bancarotta per quanto s'attiene alla sua nozione scientifica ed ai suoi elementi costitutivi.

Ma scendendo nel campo della pratica, difficile si presenta l'assunto di determinare i limiti che separano la giurisdizione penale dalla commerciale, e la competenza del magistrato penale nel giudizio di bancarotta.

Non v'ha dubbio che questo reato come tutti gli altri cada sotto la giurisdizione dei Tribunali correzionali o delle Corti d'Assise (secondochè trattisi della bancarotta semplice o fraudolenta) per ciò che riguarda la dichiarazione di colpevolezza e la irrogazione della pena. — Per quanto possono essere larghe le attribuzioni concesse ai giudici di commercio non può ammettersi in loro balìa il dichiarare doloso o colposo un fallimento, per guisa di costituire una regiudicata irretrattabile sul materiale del delitto.

Ma se ciò procede senza difficoltà in ordine alla pronuncia nel concorso del dolo o della colpa, nella quale ricerca devono essere autocrati i giudici penali, la difficoltà può nascere intorno all'affermazione di commerciante, quando la si impugna dal giudicabile e intorno alla di-

chiarazione in genere dello stato di fallimento. E la difficoltà presenta un duplice aspetto. Può cioè domandarsi se il magistrato penale abbia facoltà di affermare che l'accusato era commerciante ed in stato di fallimento pel fine di dichiararlo bancarottiere, quantunque lo stato di fallimento non siasi dichiarato nè riconosciuto da una regolare pronuncia del Tribunale di Commercio. — E può viceversa domandarsi se quando i Tribunali di Commercio hanno completamente dichiarato lo stato di fallimento e conseguentemente ed implicitamente la qualità di commerciante nel giudicabile, rimanga sempre nella facoltà del magistrato penale di emettere deliberazione contraria, negando lo stato di fallimento o la qualità di commerciante nell'accusato.

§ 10. — La prima questione concerne i rapporti tra l'esercizio delle due azioni, la penale e la commerciale; e costituisce uno dei punti più delicati ed interessanti del Codice di Commercio.

Essa richiede lo sviluppo di due altre nozioni. In primo luogo trattasi di sapere se gli ufficiali del Pubblico Ministero abbiano competenza a perseguire il reato di bancarotta, quando lo stato di fallimento non sia stato ancora riconosciuto o dichiarato dal Tribunale di Commercio, ovvio essendo che, se il Pubblico Ministero non avesse azione per promuovere il giudizio penale indipendentemente dal giudicato commerciale, i Tribunali penali sarebbero incompetenti; perchè, tranne casi eccezionalissimi, quelli cioè per i quali è ammessa la citazione diretta (e pel reato di bancarotta non è ammessa), essi devono essere richiesti della loro giurisdizione dal Pubblico Ministero, e non siedono mai d' ufficio.

Ammesso poi che libero da ogni responso del Magistrato commerciale debba essere l'esercizio dell'azione penale della bancarotta, bisogna ancora esaminare se la

eccezione di non commerciante, proposta dal giudicabile, ecceda la competenza del Magistrato penale e costituisca un antecedente logico da risolversi in sede commerciale o da doversi subire se implicitamente risultò in precedenza.

§ 11. — Sull'indipendenza dell'azione penale della bancarotta dalla sentenza dichiarativa del fallimento, muto era il Codice del 1865, e mute parimenti le sue relazioni ed i verbali delle Commissioni che lo elaborarono.

Nel silenzio della legge, le opinioni degli autori erano molto divise. Sostenevasi da una parte, che la lettera dell'art. 547 richiedeva implicitamente la subordinazione dell'azione penale alla dichiarazione del fallimento; imperciocchè, dicevasi in quell'articolo che la cessazione dei pagamenti veniva giuridicamente accertata dalla sentenza dichiarativa del fallimento: il perchè, essendo la cessazione dei pagamenti uno degli estremi essenziali al reato di bancarotta, si argomentava non potersi esercitare l'azione penale prima che il Tribunale di Commercio avesse stabilito quella cessazione.

È questa la teoria sostenuta in Francia dal Trébutien, dal Massè, dal Démangeat, e dai chiarissimi professori Delamarre, e Le-Poitvin, che vi spendono per sostenerla ben 60 pagine del loro *Trattato di Diritto commerciale* (1).

In Italia sostenne questa interpretazione la Scuola napoletana, forte dell'avviso dell'illustre suo capo il Nicolini.

Ma come nell' applicazione della legge francese così in Piemonte prevalse l'interpretazione opposta in omaggio allo spirito della legge ed alla considerazione che il fallimento non è uno stato di diritto, ma un fatto che

---

(1) DELAMARRE e LE-POITVIN, *Traité de Droit commercial*, vol. VI, cap. II.

esiste all' istante medesimo della cessazione dei pagamenti, e che la sentenza dichiarativa dichiara e non crea. Anzi questa sentenza medesima è uno degli effetti civili di quello stato di fatto, e può essere necessaria per i successivi effetti civili, ma non ai fini penali.

Il nuovo Codice avvisandosi di regolare la materia con un principio certo che togliesse ogni divergenza di opinioni si attenne saviamente alla massima prevalente nella giurisprudenza. E questa savia riforma di legge trovasi scritta all'art. 855 del nuovo Codice di Commercio, il quale dispone che " l'azione penale per i reati in materia di fallimento è pubblica. — Essa può promuoversi anche prima della dichiarazione di fallimento quando alla cessazione dei pagamenti si associno fatti di fuga, di latitanza, di chiusura di magazzini, di trafugamenti, di sottrazione o di diminuzione fraudolente del patrimonio a danno dei creditori „. Innovazione questa che scende direttamente dai più rigorosi principii di logica giudiziaria, che è inspirata ad un concetto giustissimo, ed è imperiosamente dettata dal bisogno di tutelare la buona fede del commercio. Imperciocchè non solo il sospetto della frode ma anche quello della semplice colpa legittima l'intervento del Magistrato penale, sia per prevenire maggiori danni ai creditori, sia e principalmente per constatare se quel sospetto abbia solido fondamento e provocare in caso affermativo la punizione del colpevole (1).

Nè la libertà dell'azione commerciale trova ostacolo nella indipendenza dell'azione penale. L'esercizio di questa ultima non sospende il giudizio civile per la dichiarazione di fallimento, perchè pendente la procedura penale ben lungi di essere vietato al Tribunale di Com-

---

(1) Veggasi CASORATI, opera citata.

mercio di conoscere del fallimento, gli è anzi devoluta espressamente questa cognizione a senso degli art. 855 ult. cap., 684 e 869, n. 7 del Codice di Commercio.

Per contro, come bene osserva la Cassazione di Palermo nella sentenza del 2 maggio 1881, subordinare il giudizio penale all'esito del giudizio commerciale e precisamente fino alla dichiarazione del fallimento da parte del Tribunale di Commercio avrebbe significato confondere la responsabilità penale con la obbligazione civile, come anche le conseguenze diverse che ne derivano circa l'ordine dei giudizi, la natura delle prove ed i provvedimenti atti ad acquistarle, discuterle e giudicarle — avrebbe significato confondere l'interesse pubblico che la legge penale protegge col punire la bancarotta coll'interesse privato dei commercianti — avrebbe infine significato subordinare un giudizio pubblico ad un giudizio privato confondendo così i mezzi coi quali l'azione pubblica si esercita dal Pubblico Ministero con gli altri che valgono a promuovere un'azione privata affatto simile la quale potrà essere o non essere, ovvero essendo potrà finire a volontà delle Parti, e quindi eludere la legge che ha per fine la punizione del colpevole (1).

§ 12. — Ciò posto, rimane a stabilire la natura dell'eccezione proposta dal giudicabile che neghi la sua qualità di commerciante nel giudizio di bancarotta, e vedere se trattisi di una questione pregiudiziale al giudizio di bancarotta, che esorbiti dalla competenza del magistrato penale.

Bisogna intanto avvertire che la questione nasce tanto nel caso che il Pubblico Ministero abbia iniziato il procedimento penale prima della sentenza commerciale

---

(1) V. *Rivista penale*, vol. 14, pag. 200.

dichiarativa del fallimento, quanto nel caso in cui esso l'abbia iniziato dopo. Imperciocchè spesso, e precisamente quando non si verificano i termini dell'articolo 855, è impossibile determinare *a priori* il concorso del dolo o della colpa in un fallimento: in tal caso per necessità di cose l'esercizio dell'azione penale trovasi di fatto subordinato alla dichiarazione di fallimento.

Or bene ne avvisa il legislatore all'articolo 696 del Codice di Commercio che in simili casi le due giurisdizioni commerciale e penale, intese rispettivamente a tutelare l'interesse pubblico, i diritti dei creditori e la sicurezza del credito abbiano corso con *piena e reciproca indipendenza e senza interruzione.*

Ma nell'applicazione di questo principio, prima che fosse così esplicitamente scritto, non sempre la giurisprudenza tenne fermo.

Si disse che l'indipendenza delle due giurisdizioni penale e commerciale bisogna intenderla nel suo vero senso, nel senso cioè del rispetto reciproco fra l'una e l'altra. Si disse che questo rispetto è la più sicura guarentigia dell'amministrazione della giustizia, come quella che è intesa ad evitare la possibile contrarietà di due giudicati, e che il legislatore intese ad evitare cogli art. 32, 33 del Codice di procedura penale coi quali si tiene sempre salva la competenza civile nelle questioni civili incidenti nel giudizio penale — che l'eccezione che ora ci occupa è uno di questi incidenti che possono sorgere nel giudizio definitivo della bancarotta, da regolarsi quindi ad analogia della controversia sulla proprietà o sugli altri dritti reali che sorgono nel giudizio penale, a norma cioè dell'art. 33 citato — che la cognizione delle controversie riguardanti la qualità di commerciante e lo stato di fallimento è riservata esplicitamente alla giurisdizione commerciale dagli ar-

ticoli 869 e 685 del Codice di Commercio — e finalmente che di questa cognizione il Tribunale di Commercio è investito non solo nell'interesse privato dei creditori, ma anche del pubblico, perchè l'interesse che si lega al commercio è ben altro che un interesse privato per la sua estensione ed importanza.

Malgrado la gravità di queste considerazioni, crediamo abbia da intendersi in senso assoluto la indipendenza, di cui all'art. 696 succitato. — In vero, una volta investiti i Magistrati penali della loro giurisdizione in virtù degli articoli 9, 10, 11 del Cod. di proc. pen., non è concepibile differenza alcuna di maggiore o minore plenitudine di essa secondochè trattisi di quistioni aventi attinenza al ramo civile od al commerciale, come non v'ha nemmeno possibilità di confusione dell'una colle altre, salva l'applicazione degli art. 32 e 33 del Cod. di proc. penale. Ma male s'invoca dai sostenitori di contraria tesi quest'articolo 33 secondo il quale può esservi materia di far sospendere il giudizio del Magistrato penale, " ove contro l'azione penale si proponessero eccezioni di diritto civile concernenti la proprietà od altro dritto reale, le quali se sussistessero, escluderebbero il reato „. Imperciocchè, se così fosse, bisognerebbe dare a quest'articolo un'estensione che non ha, e che non può avere atteso il suo carattere eccezionale e tassativo. Gli è vero che per dubitarne si cita l'autorità del sommo Pescatore, il quale vede in quell'articolo l'espressione di un principio semplice e vero di ragione naturale, che virtualmente comprende tutte le ipotesi (1). Ma la tesi del Pescatore è inaccettabile a questo riguardo, e perciò rigettata da quasi tutti i commentatori del nostro Codice. Ed anche

---

(1) PESCATORE. *Sposiz. Commend. della Proced. crimin.* Lib. 2°, lezione 3ª, cap. IV.

il chiarissimo prof. Mattirolo, il quale l'aveva sostenuta nella prima edizione del suo trattato di dritto giudiziario, rinvenne sulla medesima, dichiarando che, pur ritenendola perfetta in tema di dritto costituendo, non può ammettersi che esprima il vero concetto del dritto costituito (1).

Il carattere eccezionale dell'art. 33 del Cod. di procedura penale risalta chiaro e dalla lettera e dallo spirito della legge. Dalla lettera, perchè se il concetto di essa fosse stato più largo, il legislatore si sarebbe fermato alle parole " eccezioni di dritto civile „ senza aggiungervi la clausola restrittiva " concernenti la proprietà od altro dritto reale „. Dallo spirito, perchè dall'esame dell'articolo in discorso spicca evidente la prova del come non siasi preoccupato il legislatore della possibile contrarietà dei giudicati penale e civile (o commerciale); conciossiachè vi si legga non già l'*obbligo* bensì la *facoltà* del Magistrato penale di subordinare l'esercizio dell'azione penale avanti a lui sperimentata ai possibili risultamenti del giudizio civile nei casi di eccezioni di dritto civile concernenti la proprietà od altro dritto reale, le quali se sussistessero, escluderebbero il reato; e ciò, fissando un termine all'imputato per procurarne la risoluzione, ed ammettendola, allorquando si trovi nell'eccezione qualche apparenza di fondamento; di talchè nel fare questo il Magistrato penale conosce già del vincolo dell'eccezione medesima (2).

Si consideri poi che trattandosi della soggetta materia non si avrebbe discussione intorno " a proprietà od altri diritti reali „.

Nè si può dire possa esservi confusione tra le due giurisdizioni. Imperciocchè è certo che il Magistrato pe-

---

(1) MATTIROLO, *Diritto giudiz.*, vol. I, § 801, seconda edizione.
(2) Veggasi MATTIROLO, luogo citato.

nale è incompetente a giudicare in via principale se un cittadino abbia o no la qualità di commerciante; ma conoscendone in forza della continenza di causa egli non statuisce su quel fatto se non che per arrivare alla cognizione del reato che è di sua competenza, dimodochè quanto alla risoluzione della questione del diritto civile, la sua sentenza non produce effetti giuridici al di là del fatto dell'imputazione, perchè la cosa giudicata consiste non *in eo de quo judex cognoverit, sed in eo de quo judicaverit.* Tale era pure la dottrina insegnata dai Giureconsulti Romani alla legge I. *Cod. De ordine judiciorum.*

La qualità di commerciante fallito d'altronde non è una di quelle questioni pregiudiziali la cui soluzione sia devoluta esclusivamente ai Tribunali civili; essa deve esaminarsi e decidersi dal Magistrato penale nel suo rapporto coi fatti di frode o di colpa la cui qualificazione legale è subordinata alla sua esistenza.

L'equivoco di chi sostiene contraria tesi probabilmente deriva da ciò che si è creduto da molti giuristi essere la bancarotta fraudolenta un *fallimento doloso* nel senso che è indicato dall'interpretazione letterale di questa formola, e che quindi non si potesse iniziare il giudizio penale senza la dichiarazione del fallimento per parte del Tribunale di Commercio. Ma la bancarotta più conformemente al vero è una specie di *truffa* qualificata per il mezzo, in altri termini un reato per sè stante, e non un'aggravante del fallimento. Il fallimento è tutt'al più il mezzo col quale vengono in luce i fatti della bancarotta fraudolenta.

Nella bancarotta semplice invece vi è la necessità che siavi uno stato di fallimento, perchè soltanto per esso la violazione delle prescrizioni legislative (tenuta dei libri, denuncia del contratto di matrimonio, ecc.) assume il carattere di reato.

Il fallimento non è che un fatto: il fatto della cessazione dei pagamenti. Non è la sentenza del Tribunale di Commercio che costituisca il commerciante in questo stato; essa non fa che constatare e riconoscere ciò che trova.

La giurisdizione penale è dunque competente per constatare questo fatto dal momento che esso diviene un elemento d'un delitto o di un crimine; perchè, chiamata a pronunziarsi sull'esistenza di un reato, sui caratteri della penalità, sulla colpevolezza dell'imputato, deve avere necessariamente il dritto d'apprezzare tutti gli elementi costitutivi del reato stesso, e pronunziare su tutte le questioni che vi si rapportano. Se altrimenti fosse, non solo ne seguirebbero dei conflitti di giurisdizione ad ogni piè sospinto, e delle questioni interminabili facilitate dai sofismi e dalle sottigliezze degli interessati intralcerebbero il corso della giustizia, ma eziandio l'unità d'istruzione ne sarebbe distrutta, ed il giudizio definitivo non sarebbe il complesso delle impressioni ottenute dalla oralità del dibattimento, una delle più grandi guarentigie del sistema giudiziale moderno, ma sarebbe una risultante di varie concorrenti monche ed isolate, con grave iattura della giustizia.

In questo senso si sono pronunziati costantemente i Tribunali in Francia, ove la Corte di cassazione ripetutamente proclamò il principio che " la qualité de né-
" gociant failli n'est pas une de ces questions préjudi-
" cielles dont le jugement soit exclusivement dévolu aux
" Tribunaux civils (1) „

Anche la giurisprudenza italiana affermò analoga massima (2).

---

(1) Sentenza 30 ottobre 1839. V. DALLOZ, *Jurisprudence générale.*

(2) Veggasi Cassazione Milano 17 ottobre 62. *La Legge*, anno

In conseguenza non può esitarsi a rispondere affermativamente sulla competenza del Magistrato penale a conoscere anche dell'eccezione proposta dall'accusato di bancarotta sulla sua qualità di commerciante.

§ 13. — Il principio della reciproca indipendenza fra la giurisdizione penale e commerciale si deve intendere nella sua più ampia estensione.

Ne conforta in questa opinione lo stesso articolo 696 del Codice di Commercio, il quale contemplando espressamente le eccezioni che possono circoscrivere gli effetti di quella indipendenza, ha completato e dilucidato il pensiero del legislatore nel senso che per le sole eccezioni espressamente designate vi si potesse far deroga. E queste eccezioni sono descritte negli articoli 839, 861 primo capoverso, e contemplano il caso in cui dalle circostanze del fallimento e dalle condizioni del concordato il fallito si mostri meritevole di speciale riguardo, nel qual caso " la sentenza di omologazione, *può* anche ordinare che " si sospenda l'azione penale „, la quale rimarrà estinta, " quando consti del completo adempimento delle obbli- " gazioni assunte nel concordato „.

Ora, evidentemente in materia di eccezioni non è dato all'interprete usare dell'argomento per analogia; ed è quindi a ritenersi che se il legislatore avesse voluto porre l'azione penale in balìa del Magistrato commerciale anche per ciò che riflette la qualità personale dell'accusato di bancarotta e il suo stato di fallimento,

---

1862, pag. 1133 — Cassazione Napoli 6 febbraio 63 — *Gazzetta dei Tribunali*, anno XXII, n. 1677. — Più recentemente si pronunziarono nello stesso senso la stessa Cassazione di Napoli, decisione 17 ottobre 1877 (*Foro ital.* 1878 - II - 26) — la Cassazione di Roma, sentenza 17 aprile 1879 (*Id.*, 1879 - II - 311) — e ripetutamente la Corte d'appello di Casale. V. sentenza 27 gennaio 1880, est. Bonelli (*Id.*, 1880 - II - 120).

l'avrebbe dichiarato come si diede cura di dichiararlo nei casi dell'art. 839 e 861 citati.

Il Casorati commentando lo spirito di queste disposizioni eccezionali, trova che la legge con esse volle da una parte promuovere con talune importanti agevolezze quell'utile mezzo di cessazione del fallimento che è il concordato; e dall'altra *evitare i conflitti fra la giurisdizione commerciale e la giurisdizione penale, sembrando contraddittorio, che il Tribunale di Commercio riconosca il fallito così meritevole di riguardo da accordargli, la cancellazione dall'albo dei falliti e che in pari tempo la giustizia punitiva continui il procedimento penale.* Di questa seconda ragione che adduce il chiarissimo autore ne sia lecito dubitare, e ritenere invece che solo in omaggio ai principii supremi dell'equità ed al desiderio di facilitare la conclusione del concordato, siasi il legislatore determinato a stabilire quelle eccezioni. Tanto poco infatti si preoccupa il legislatore dei possibili conflitti di giurisdizione e di sentenze contraddittorie, che parla di un'influenza che dipende, come il Casorati medesimo è obbligato a riconoscere, dalla prudente estimazione del giudice commerciale, a quest'ultimo spettando la *facoltà* e non l'*obbligo* di fare o non fare nella sentenza di omologazione la disposizione relativa alla sospensione del procedimento penale. È inoltre un'influenza limitata ai soli procedimenti per bancarotta semplice (1).

§ 14. — La soluzione della seconda e più difficile questione è strettamente connessa con quella ora risolta. Infatti se il fatto del fallimento non è una questione pregiudiziale, se la dichiarazione deve esserne fatta nel giudizio penale dal giudice investito della giurisdizione del reato di bancarotta, ne risulta per logica necessità

(1) CASORATI, opera citata, pag. 14.

che questi deve statuire sul fallimento e sulla qualità di commerciante non solamente quando il Tribunale di Commercio non l'ha ancora fatto, ma anche quando esso l'ha già dichiarato se così viene dalle parti richiesto.

È di regola generale nei sistemi di procedura che il giudizio intervenuto in un'istanza civile non avrà alcuna influenza sull'azione pubblica, quando questa instanza non sia pregiudiziale all'esercizio dell'azione penale. Questa influenza non potrà risultare che dalla autorità della cosa giudicata che sarà data al giudizio civile. Ora, come quest'autorità esisterà davanti alla giurisdizione penale?

In realtà, come già insegnavano Ulpiano e Paolo e oggidì ripetono concordi dottrina e giurisprudenza, perchè esista cosa giudicata sono necessarie tre condizioni: *nec ne inspiciendum est an* EADEM RES, *an* EADEM CAUSA *petendi, et* EADEM CONDITIO PERSONARUM, *quae nisi omnia concurrunt, alia res est* (L. 12, 13, 14 de except. rei. jud.). E vengono a mancare nel caso nostro, tutti questi elementi costitutivi della cosa giudicata.

Invero non v'ha punto identità d'oggetto fra l'azione civile e l'azione pubblica: quella verte sull'interesse privato di coloro che la esercitano — questa sull'interesse generale della Società; diversa la *causa*, perchè quella tende al risarcimento dei danni per il disordine economico recato nella massa dei creditori — questa mira ad un fine più alto, che è quello della pena per la tutela giuridica del commercio. E manca l'identità delle Parti dei due giudizi, perchè il Ministero Pubblico non è parte nei giudizi resi sulle istanze civili.

Il giudizio reso su un'azione privata non può soddisfare la pubblica riparazione, ma solamente la riparazione privata; esso assume l'aspetto del tacito con-

senso fra le parti ed è suscettibile di transazione: la causa penale non ammette invece transazione; quello ha valore solo fra le Parti interessate, il giudicato penale ha efficacia di fronte a tutti.

§ 15. — Indipendentemente da ciò la massima *res judicata pro veritate habetur* non è uno di quei principii che scendano rigorosamente dalla logica del diritto, per cui le si debba riconoscere un'efficacia assoluta, universale. Essa non stabilisce una vera equazione tra i due termini *regiudicata* e *verità*, ma si risolve in un calcolo di probabilità, in una presunzione assoluta, *juris et de jure*, che i due termini di paragone si equivalgano. Orbene le presunzioni assolute esulano dal campo del dritto penale. — Di tale dottrina che tristamente regnava nelle epoche barbare la scienza moderna ha proscritto anche il pensiero.

La difesa è un dritto naturale che deve svolgersi pienamente e libero da ogni ceppo.

Perciò anche quando l'accusa opponga una simile presunzione all'imputato, questi ha il dritto di far prevalere la verità delle cose, e la sostanza di esse alla finzione giuridica dell'accusa. Nel dritto penale è appunto la sostanza che deve prevalere alla parvenza, in omaggio all'antico precetto che *magis in veritate quam in opinione.*

Nè può prevalere contro questo giusto sistema di difesa il fantasma delle possibili contrarietà di due giudicati pronunziati da Magistrati preposti entrambi ad amministrare la giustizia, la quale deve essere una, perchè una sola è la verità.

Niente di più seducente, ma allo stesso tempo niente di più errato di questo ragionamento, che si risente della dottrina della scuola moralista nei sistemi filosofici del diritto. Una è la giustizia assoluta, quella che può

amministrarsi in un mondo ideale, ma non quella che si amministra nella Società umana, la quale è relativa al tempo ed ai costumi di ciascuna nazione. Una deve essere la verità astratta, ma non è questa la verità che può essere proclamata dai Tribunali, ma quella che in concreto è relativa alle persone, all'oggetto controverso ed alle forme ed ai fini propri di ciascuna giurisdizione.

Coerentemente a questi principii, la cessazione dei pagamenti è uno stato di fatto da cui nascono diverse conseguenze giuridiche che s'estrinsecano in due sfere diverse, l'una intenta ai fini civili, l'altra ai fini penali. La sentenza dichiarativa del fallimento è uno degli effetti civili ossia commerciali di quello stato di fatto e sarà necessaria per i successivi effetti civili ossia commerciali, ma non ai fini penali.

Non vi può essere quindi contrarietà di giudicato quando diversi sono i fini del giudizio, diverse le modalità con cui essi si svolgono.

Può contro un cittadino inabilitato da sentenza del Magistrato civile essersi provocata dai Tribunali di Commercio una dichiarazione di fallimento, la quale sia divenuta irretrattabile per le regole della procedura commerciale. Ed allora egli sarà vincolato a tutti i fini civili della regiudicata. Ma quando si proceda oltre e gli si obietti che è colpevole di bancarotta per sottoporlo alla prigione od alla galera, egli avrà sacro diritto di invitare i giudici penali a dichiarare che non vi fu fallimento e che non vi potè essere perchè in lui inabilitato ad esercitare il commercio non poteva trovarsi la qualità di commerciante.

Se così non fosse, i giudici dovrebbero fondare il loro convincimento sulla fede altrui, e rimettere un piede nel sistema dell'istruzione scritta e delle *prove legali* che lo

spirito del diritto moderno ha distrutte, col sostituirvi rispettivamente l'oralità del dibattimento e la moralità delle prove.

§ 16. — Non vi può essere contrarietà di giudicato anche perchè lo stato di fallimento è un *quid* distinto ai fini commerciali ed ai fini penali *sotto un altro aspetto*.

Ai fini commerciali è tutto *formale* e si costituisce dalla sola cessazione dei pagamenti senza ulteriori disquisizioni: così il fallimento sarà dichiarato anche quando venga a risultare dal bilancio che l'attivo superi il passivo. Ma il giudice penale che non si contenta della pura forma, ma ne ricerca principalmente la sostanza, dovendo rassicurare gli onesti sulla opinione della sicurezza del credito, dirà che quegli non è fallito ai fini penali se in realtà l'attivo supera il passivo. — Neanche dunque sotto questo aspetto è possibile concepire conflitto di giudicati.

Tanto poco v'è questa possibilità di conflitto in simili casi che non solo due giudici diversi, uno commerciale e l'altro penale, ma si verificarono nella pratica dei Tribunali dei casi in cui lo stesso Magistrato in causa penale, cui si era innestato il giudizio civile in seguito a costituzione di parte civile, misurò diversamente il danno prodotto dall'imputato agli effetti civili e a quelli penali (1).

§ 17. — Il principio da noi esposto è quello medesimo propugnato dal sommo Carrara, il quale accenna appunto alla necessità che la difesa nel giudizio di bancarotta

---

(1) Veggasi sentenza Scrivano. I giurati avevan detto agli effetti penali che le truffe delle quali lo riconoscevano colpevole era inferiore alle 500 lire. La Corte d'assise lo condannò ad un indennizzo a favore della Provincia di Torino di lire 500,000. E la Suprema Corte nulla trovò a ridire.

corra libera da ogni vincolo dei giudicati commerciali E questa teoria è pure ricevuta senza contrasto nelle pratiche Iberiche, ove quantunque la materia del fallimento doloso o colposo trovisi regolata dal Codice mercantile del 30 maggio 1829, e le relative procedure siano state ordinate per la legge dei giudizi mercantili del 24 luglio 1830, pure quella legge e quelle procedure dànno le relative facoltà ai Tribunali civili per gli effetti civili soltanto. Ed avvertono i commentatori di quelle leggi essere d'ordine pubblico che, quando il fallimento si denunci ai Tribunali criminali come delittuoso, debbano nel processo criminale rinnovarsi tutte le prove e tutte le verificazioni che si sono fatte nel processo civile. — Comprende ognuno che la rinnovazione del processo porta per logica necessità al rinnovamento delle pronunzie, e per conseguenza alla retrattabilità delle sentenze emanate nel giudizio civile (1).

La sentenza adunque pronunciata dal Tribunale di Commercio non deve aver punto autorità di cosa giudicata dinanzi al Magistrato penale; ed insieme con essa devono perder la loro efficacia nel giudizio penale tutti gli atti del giudizio civile. Così i testimoni escussi per i fini civili dovranno essere di nuovo sentiti ai fini penali — le perizie fatte nei rapporti di un mero interesse privato dovranno essere ripetute per corrispondenze ai maggiori destini della giustizia penale — si amplieranno le prove — e i documenti del processo civile faranno parte del giudizio penale solo in quanto siano stati riprodotti nelle forme richieste dal nuovo giudizio. *Si producantur aliqua acta, potest reus dicere quod acta facta*

---

(1) Carrara, *Programma*, vol. 8, 85.

in judicio civili non faciunt fidem in criminali, neque etiam sententia super ipso crimine lata (1).

In questo senso si pronunziò sempre la giurisprudenza francese. È classica in proposito la sentenza di quella Cassazione del 23 novembre 1827, colla quale veniva assolto un certo Ruault perchè dichiarato non commerciante, quantunque i Tribunali di Commercio avessero dichiarato il suo fallimento e condotto a termine le relative operazioni.

Eccone i motivi: " Attendu que nul ne peut commettre le crime de banqueroute s'il n'est en état de faillite, et que nul ne peut tomber en faillite s'il n'est pas commerçant; qu'ainsi la première chose à rechercher dans une accusation de banqueroute est si l'individu accusé est réellement commerçant; — Attendu que le jugement qui a constitué le demandeur en faillite ne fait point obstacle à ce que sa qualité de commerçant soit de nouveau mise en question; qu'en effet, la qualité du commerçant ne forme point une de ces questions préjudicielles dont le jugement est exclusivement dévolu aux Tribunaux civils; — Que les Tribunaux de répression sont, au contraire, compétents pour examiner et juger, quant à l'action publique, non-seulement les faits constitutifs du crime de banqueroute, mais encore la qualité de celui à qui on les oppose; que les jugements rendus sur l'action civile des créanciers demeurent sans influence sur l'action criminelle; que le prévenu ne peut pas plus s'en prévaloir qu'on ne peut les lui opposer; — Attendu que si l'arrêt attaqué a donné au demandeur la qualification de commerçant failli, ce n'a été que comme conséquence légale des faits réconnus cons-

---

(1) *Sententiarum*, lib. VI, § *final.*, *quaest.* 54, n. 2.

tants par cet arrêt; que si un accusé n'est pas recevable à contester, devant la Cour de cassation, l'existence ou l'exactitude de ces faits, il est recevable à contester, en droit, la conséquence que l'arrêt en a tirée, etc., etc. „.

Nella dottrina invece gravi furono le incertezze a motivo delle varie scuole che vennero svolgendosi sul tema dei rapporti fra la giurisdizione civile e speciale. Queste dottrine ebbero pure un'eco in Italia, ove divise trovavansi le opinioni degli autori al riguardo.

Ma in Italia dacchè fu pubblicato il nuovo Codice di Commercio, non risulta per quante ricerche siansi istituite, che la giurisprudenza abbia avuto ancora occasione di pronunciarsi su cotal tema.

L'antica giurisprudenza trovavasi divisa. Da una parte la Cassazione di Napoli (1) sanzionò espressamente che " quando pure il Tribunale di Commercio avesse statuito sul fallimento, siane o no stata inserita nella *Gazzetta* la dichiarazione o vi fosse stato accordo tra i creditori omologato dallo stesso Tribunale, la giustizia penale sarebbe sempre libera ed indipendente a giudicare sulla bancarotta senza tema di contrarietà di giudicati, essendo non solo differente lo scopo di entrambi questi collegi, ma pure diverse essendone le Parti, non essendo il Pubblico Ministero Parte innanzi al Tribunale di Commercio „. A questa dottrina si accostarono la Cassazione di Torino 16 febbraio 1857 (2) e la Corte d'appello di Milano del 2 ottobre 1880 (3).

Seguirono invece l'opposta teoria la Corte d'appello

---

(1) Sentenza del 19 dicembre 1825 — Causa Rispo. V. SALUTO, *Comm. al Cod. di proc. pen.*, vol. I, pag. 248 in nota.

(2) V. SALUTO, opera citata, vol. I, pag. 247 in nota.

(3) V. *Monit.* M., XXI - 1079.

di Genova in varii suoi giudicati (1) e la Corte d'appello di Napoli (2).

Ma il sistema saviamente inaugurato dal nuovo Codice di Commercio sulla reciproca indipendenza della procedura penale e di quella commerciale è cagione a bene sperare che anche la giurisprudenza vorrà applicare quel principio ai rapporti tra il giudizio civile e il giudizio penale, salve sempre le eccezioni espressamente designate dalla legge. — È un principio logico e di dritto comune.

§ 18. — Nasce infine un'ultima questione in ordine ad alcuni ostacoli di procedura che possono far dubitare che nel giudizio penale col nostro sistema non vi siano quelle sufficienti garanzie che offre la procedura civile.

Una parte di questi ostacoli contempla la bancarotta fraudolenta, dacchè il Codice di procedura rimette l'imputato di quel reato al giudizio del giurì. — Pretendereste voi, dice il Pescatore, che i Giurati si facciano ad interpretare le leggi, e ricercarne le analogie, a scrutare i principii generali del dritto per risolvere le questioni civili incidenti? Dividere nettamente il fatto dal diritto è generalmente impossibile in materia civile, e abbandonare la decisione dell'una e dell'altra questione ai soli giudici legali sarebbe ampliarne l'ufficio, fare onta alla costituzione organica delle Corti d'Assise, e spogliare il dritto delle migliori sue guarentigie, commettendone la decisione in primo ed ultimo grado a due giudici di Tribunali inferiori sotto la presidenza di un

---

(1) Sentenza 5 maggio 1875 in causa Tubino-Corvetto e sentenza 11 giugno 1875 in causa Tubino-Nossardi — V. PACIFICI-MAZZONI, *Repertorio*, pag. 267.

(2) Sentenza della Sezione d'accusa 23 maggio 1879, estensore Bosco.

Consigliere di Appello. — L'ordinamento della giurisdizione correzionale cui tocca conoscere della bancarotta semplice non ci presenta quanto al personale la medesima incompatibilità, ma, per i sostenitori di contraria tesi sorgono anche là gli ostacoli della procedura e mancano affatto nella procedura penale le guarentigie della procedura civile.

L'obbiezione mossa dal Pescatore richiama l'attenzione degli studiosi sul punto di ben sceverare nei giudizi penali la questione di diritto da quella di fatto — Ma l'essere i Giurati i giudici naturali del fatto, non ne sembra un ostacolo molto grave perchè si tolga loro la cognizione dell'eccezione di non commerciante proposta dall'imputato.

In certi casi, anzi in molti casi ove è richiesto l'intervento della giurìa è impossibile fissare con criteri assoluti e preventivi i limiti che separano il fatto dal diritto, eppure essa è chiamata a decidere ugualmente sulla esistenza o meno dell'imputazione. Il falso nummario ad esempio avrà sempre per implicito necessario un concetto giuridico ed uno di fatto impossibili a scindersi: quello per sapere quali condizioni occorrano affinchè un pezzo di metallo diventi moneta, questo per sapere se il pezzo di metallo speso da Caio presentasse o no quelle condizioni.

Parimenti la qualità di commerciante importa, come nella prima parte di questo lavoro si è detto, una questione di diritto e una di fatto, quella per sapere se gli atti eseguiti dal giudicabile costituissero atti di commercio, questa per conoscere se vi fu ripetizione continua di quegli atti per modo che s'abbia ad elevare al grado di professione.

La difficoltà sparisce quando si pensi che tutto dipende dal metodo di formulare le questioni medesime

per guisa che i Giurati non debbano emettere il loro pronunziato sulle condizioni giuridiche del fatto, ma soltanto sulle condizioni materiali di esso, sugli elementi di fatto cioè, lasciando salva al giudice la decisione della configurazione giuridica dell'imputazione. Così i Giurati dovranno rispondere non già se vi fu *scasso* ma se il serrame era *solido* e se fu *rotto* violentemente. E parimenti essi diranno non già se Tizio *non sia commerciante*, perchè non lo poteva essere trovandosi in istato d'inabilitazione, ma dovranno dire se in realtà *esista o no la sentenza d'inabilitazione*. Così esulerebbe il dubbio dei pericoli desunti dalla ignoranza del Giurì di dottrine legali, e la giurìa verrebbe ridotta al suo più genuino concetto. D' altronde non è lecito argomentare da questo vizio del nostro sistema legislativo, per infirmare le regole della procedura e della competenza sulla soggetta materia. — Le leggi di procedura devono avere un valore assoluto, come quelle che riflettono principii d'ordine pubblico; e nei giudizi penali specialmente, ove si agita della libertà dei cittadini, non possono soffrire limitazione da vizi di quel genere, facilmente riparabili.

Anche in questo punto fu sempre costante la giurisprudenza francese nel ritenere che tocca ai Giurati il conoscere della qualità di commerciante non voluta dall'imputato, essendo tale qualità estremo indispensabile del reato di bancarotta, e potendosi mettere l'interrogazione ai Giurati in modo che la risposta non sia inevitabilmente condotta ad un ragionamento giuridico.

Quanto ai Tribunali Correzionali, se è vero che havvi in essi una procedura diversa dalla correzionale, ciò non toglie che essi abbiano competenza a conoscere della qualità di commerciante nell'imputato di bancarotta semplice; perchè se si ammette che possano giudicare, bisogna dar loro tutte le facoltà necessarie ad eliminare

e risolvere le eccezioni che dalle Parti sono proposte. E come fu avvertito, ognuno che fu accusato di bancarotta deve poter dimostrare la sua irresponsabilità con tutti i mezzi che dalla legge non gli sono vietati. E per interdirgli la dimostrazione che non è commerciante si richiederebbe un testo chiarissimo di legge che questo diritto di difesa gli negasse esplicitamente.

E si avverta poi che in tema di bancarotta semplice è tanto più necessario aversi la precedente indubbia prova che vi fu fallimento e che quindi prima di tutto l'agente era commerciante, perchè i fatti costituenti il reato di bancarotta semplice non sono materia di sanzione penale se non in tanto che essi o hanno preceduto od hanno accompagnato il fallimento.

Senza un vero fallimento non è concepibile un giudizio penale sopra i fatti costituenti la bancarotta semplice, mentrechè un giudizio penale sui fatti costituenti una bancarotta fraudolenta è sempre possibile anche quando non siavi fallimento, perchè se questo non vi fu i fatti stessi cesseranno di esser qualificati come fatti di bancarotta fraudolenta ma rimarranno, per gli estremi loro, ad esser passibili di pena siccome reati riceventi altra qualifica: falso, frode, ecc.

§ 19. — A tutto questo che fu detto e che costituisce la ragion giuridica della tesi, si può aggiungere a titolo di complemento una considerazione la quale non deve esser trascurata da chi non fa delle pure teorie, ma esamina le cose alla stregua della materiale realtà.

I Tribunali quando o d'ufficio o sopra istanza di Parte dichiarano un fallimento, non procedono alla disamina della qualità del dichiarando fallito, ma accettano senza altro l'apparenza della qualità di commerciante. E questa è una necessità delle cose; perchè se dovessero istituire speciali indagini prima di pronunciare, tanto varrebbe

cancellare dal Codice le norme di severe misure conservative dirette a tutelare la condizione dei creditori: diverrebbero illusorie. È ancora una necessità, perchè mancando il registro dei commercianti non si saprebbe come aversi una prova legale indubbia della qualità di commerciante.

Or bene sarebbe peggio che strana cosa, sarebbe tirannica prescrizione quella per la quale si volesse gabellare siccome verità giuridica una affermazione che si facesse dipendere da una sentenza così affrettata, e pronunciata senza precedenti ricerche o discussione.

§ 20. — Ma indipendentemente da questo stanno le ragioni giuridiche diverse esposte, sicchè venendo ad una conchiusione si afferma:

1° Che le sentenze dichiarative di fallimento e le susseguite procedure non fanno testo agli effetti penali per istabilire la qualità di commerciante nella persona del dichiarato fallito;

2° Che questi, in sede penale, ha diritto di dimostrare che non fu commerciante;

3° Che per escludere la qualità di commerciante basta provare lo stato di inabilitazione;

4° Che in conseguenza di tutto ciò un inabilitato che sia stato dichiarato fallito deve andar immune da responsabilità penale per i fatti che costituiscono il reato di bancarotta semplice, e non esser giudicabile per il titolo di bancarotta fraudolenta.

AMM. PROV. DI TORINO
№ 15659
BIBLIOTECA
115768